

# EL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES EN ESPAÑA Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

GUILLERMO OROZCO PARDO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada (España)

MIGUEL ÁNGEL MORENO NAVARRETE

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Granada (España)

## EXCEROTOS

*“La dispersa y escasa legislación nacional en el ámbito de la protección específica de los consumidores en materia de bienes y servicios esenciales, se justifica por los ámbitos competenciales autonómicos, lo que deriva en una legislación dispersa”*

*“Los contratos relativos a los servicios esenciales y bienes de uso habitual no pertenecen a una sola categoría, sino que, en función del objeto, es decir, servicio, bien o suministro, podemos encuadrarlos en unas u otras”*

*“Puede definirse el contrato de suministro de energía eléctrica como la entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución mediante contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles”*

*“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”*

## 1. Planteamiento

Lo primero que debiéramos cuestionarnos es qué son los bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. La variedad de bienes y servicios es evidente, por lo que debemos de acotar el concepto a aquellos suministros de uso común como la luz, el agua, el ADSL, la telefonía, etc., pues la justificación de la protección no viene determinada exclusivamente por la naturaleza del bien o servicio en sí, sino por la entidad de las empresas y la multitud de contratos que se realizan (contratación en masa). En este sentido, es conocida las situaciones de desprotección que se producen, respecto de los consumidores, pues, fundamentalmente, se trata de contrataciones a distancia y servicios poscontrato a distancia.

A más abundamiento, son numerosas las reclamaciones que se producen en torno a estos servicios, pero su cuantía es escasa, lo que no justifica ni económicamente ni en términos de eficiencia una reclamación ante la justicia ordinaria. Este dato es bien conocido por las juntas arbitrales de consumo, donde gran parte de las reclamaciones provienen de la prestación de estos servicios.

Planteada la cuestión, se hace necesario determinar el fundamento de la especial protección en materia de consumo de la prestación de servicios esenciales.

El fundamento constitucional de los servicios esenciales se encuentra en el artículo 128.2 de la Carta Magna, al subordinar toda la riqueza del país, independientemente de la titularidad, al interés general; de tal forma que el Estado puede reservarse la prestación de los mismos y la intervención en el sector empresarial.

Artículo 128. 1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

Por otro lado, la norma de referencia es el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. Dicha norma declara lo que son servicios esenciales, pero desde el punto de vista del derecho público, de prestación de servicios públicos. De la norma podemos extraer ciertas conclusiones en torno a la necesaria protección de los consumidores.

En este sentido, el artículo 89 del mismo, al tratar los “servicios declarados esenciales”, dispone, en grandes líneas, cuales pueden considerarse de esta forma. Son: a) el alumbrado público a cargo de las administraciones públicas; b) los suministros de aguas para el consumo humano a través de red; c) los cuarteles e instituciones directamente vinculadas a la defensa nacional, a las fuerzas y cuerpos de seguridad, a los bomberos, a protección civil y a la policía municipal, salvo las construcciones dedicadas a viviendas, economato y zonas de recreo de su personal; d) los centros penitenciarios, pero no así sus anejos dedicados a la población no reclusa; e) los transportes de servicio público y sus equipamientos y las instalaciones dedicadas directamente a la seguridad del tráfico terrestre, marítimo o aéreo. f) los centros sanitarios en que existan quirófanos, salas de curas y aparatos de alimentación eléctrica acoplables a los pacientes, y hospitales; y, g) los servicios funerarios.

De la dicción de la norma, solo podemos hablar que pueden considerarse en el ámbito del consumo: los suministros de agua, el transporte público y los servicios funerarios.

De esta forma, aunque sin mencionarlos, la norma general relativa a la protección de los servicios esenciales en materia de consumo, es el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), el cual establece un mandato a los poderes públicos para la protección prioritaria de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

## **2. El tratamiento de los servicios esenciales y bienes de primera necesidad en el derecho civil foral y autonómico**

La dispersa y escasa legislación nacional en el ámbito de la protección específica de los consumidores en materia de bienes y servicios esenciales, se justifica por los ámbitos competenciales autonómicos, lo que deriva en una legislación dispersa, si bien, como ha expuesto el Tribunal Constitucional, “el art. 139.1 CE no impide al legislador ordinario de las Comunidades Autónomas la regulación de determinados principios o enunciados que atribuyan verdaderos derechos subjetivos a los correspondientes ciudadanos” (STC 247/2007, de 12 de diciembre).

De esta manera, en torno a la especial protección en materia de consumo de servicios esenciales y bienes de primera necesidad, la dispersión normativa es

manifiesta, y el tratamiento desigual. A continuación describiremos la normativa foral y autonómica.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con el artículo 3.d) de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía dispone que son “bienes de primera necesidad y servicios esenciales: aquellos que por sus singulares características resulten básicos para los consumidores, o sean de uso o consumo común ordinario y generalizado”.

El artículo 8, al tratar los bienes de primera necesidad y servicios esenciales, dispone que “serán objeto de una especial vigilancia, control e inspección los bienes de primera necesidad y los servicios esenciales para la comunidad”.

El artículo 11, en cuanto a las medidas de protección, y para la justa protección y adecuada satisfacción de los legítimos intereses de los consumidores, los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía adoptarán las medidas precisas para: (...) b) Asistir a los consumidores en el ejercicio de su libre acceso a los bienes y servicios del mercado, en condiciones de equilibrio e igualdad, especialmente, en caso de posición de dominio en el mercado o cuando se trate de servicios esenciales.

En la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el artículo 5 de la Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, al tratar los derechos de los consumidores y usuarios, dice que serán protegidos prioritariamente: Cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

En la Comunidad Canaria, el artículo 4 de la Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias, al contemplar los colectivos especialmente protegidos, dispone que: Asimismo, serán objeto de especial protección los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

En el País Vasco, el artículo 5 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuaras, dispone que los derechos de las personas consumidoras y usuarias serán protegidos prioritariamente: Cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Solo podemos hablar que pueden considerarse en el ámbito del consumo: los suministros de agua, el transporte público y los servicios funerarios

En la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, el artículo 3.2 de la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor, al tratar las situaciones de protección prioritaria, determina que: La Administración Regional extremará su atención con relación a los productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

En Navarra, el artículo 3.2 de la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en los supuestos de especial protección, expone que: serán objeto de especial protección los derechos de los consumidores cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

En Aragón, el artículo 6 de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón, al tratar los productos, bienes y servicios objeto de especial atención, dispone que: Serán objeto de especial atención, control y vigilancia por parte de los poderes públicos los bienes de primera necesidad y los servicios esenciales para la comunidad.

En la Comunidad Autónoma de Murcia, en artículo 8.g) de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, modificado por la Ley 1/2008, de 21 de abril, dispone que: La prohibición del corte del suministro de servicios públicos o de interés económico general de prestación continua, sin constancia fehaciente de recepción previa por el consumidor y usuario de una notificación concediéndole plazo suficiente para subsanar el motivo que pueda esgrimirse como fundamento del corte y sin las previas autorizaciones administrativas o judiciales que, en su caso, puedan proceder. La citada prohibición incluye, en particular, los servicios de agua potable, electricidad, teléfono y gas, y no estará referida a los cortes de suministro de carácter general por averías, reparaciones u otros análogos.

En Cataluña, el artículo 125-1 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, en el ámbito de la protección jurídica, administrativa y técnica de los consumidores y usuarios, dispone que: Las administraciones públicas catalanas, por razones de interés público y utilizando los procedimientos establecidos por las leyes, pueden ejercer las acciones pertinentes para hacer cesar las actividades lesivas para los derechos e intereses de las personas consumidoras.

En la Comunidad Autónoma de Valencia, el artículo 7 de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana, en cuanto a las actuaciones de protección prioritarias, dice que: Serán objeto de atención, vigilancia y control prioritario por parte de las administraciones públicas de la Comunitat Valenciana los productos o servicios

de uso o consumo común, ordinario y generalizado, y, en especial, los bienes y productos de primera necesidad y los servicios esenciales o de interés general.

En la Comunidad Autónoma Gallega tenemos el artículo 8 de la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, referido a situaciones de especial protección; el cual dispone: Las administraciones competentes en materia de consumo llevarán a cabo una vigilancia y un control, de modo especial, sobre aquellos bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, entre los cuales, en todo caso, se incluirán los servicios básicos de interés general.

Por último, en la Comunidad Autónoma de la Rioja, el artículo 3.2 de la Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja, al tratar los derechos básicos del consumidor, dice que: Se otorgará una protección prioritaria al consumidor en relación con la adquisición y disfrute de aquellos productos y servicios de consumo y uso común, ordinario o generalizado y, especialmente, con los de rápido consumo.

### **3. Los contratos relativos a los servicios esenciales**

En esencia, de este conjunto de contratos, se derivan las llamadas obligaciones de tracto sucesivo o continuo para el empresario, debiendo mantener en todo momento el servicio o el suministro del bien; y una obligación principal de tracto periódico para el consumidor.

En cuanto a su naturaleza jurídica, pueden calificarse como contratos de suministro y, en cuanto a su régimen jurídico, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8.07.1988, “no puede identificarse con el de compraventa, aunque es afín a la misma. Se regula por lo previsto por las partes, en aras al principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) y, en su defecto, por la normativa de la compraventa (artículos 1445 y ss. del Código Civil y, en su caso, si es mercantil, 325 y ss. del Código de Comercio) y en último lugar, por las normas generales de las obligaciones y contratos. En la compraventa, la cosa vendida se entrega de una sola vez o en actos distintos, pero se refieren en todo caso a una cosa unitaria y en el contrato de suministro, la obligación de entrega se cumple de manera sucesiva; las partes se obligan a la entrega de cosas y al pago de su precio, en entregas y pagos sucesivos y en períodos determinados o determinables”.

Pero entendemos más cierto, que los contratos relativos a los servicios esenciales y bienes de uso habitual no pertenecen a una sola categoría, sino que,

en función del objeto, es decir, servicio, bien o suministro, podemos encuadrarlos en unas u otras. Parten de un punto común, del tradicionalmente denominado “contrato-tipo” y de una premisa cierta: la adhesión del consumidor como destinatario de los bienes o servicios.

A partir de ello, podemos hablar de contratos reglamentados o aquellos que ambas partes no tienen la potestad de autonormarse completamente, es decir, su autonomía de la voluntad está mermada, ya que la legislación vigente vinculará en todo o en parte; o los contratos forzosos, van más allá, ya que las partes se ven compelidas a contratar en virtud de una norma. En cualquier caso, como hemos expuesto, todos pertenecen a la superior categoría de contratos de adhesión en el marco de la contratación en masa.

Por ello, se hace necesario tratar en primer lugar los contratos de adhesión en relación al contrato de suministro y, en segundo lugar, el régimen jurídico de su contenido en cuanto a la vinculación de sus cláusulas y el “test de abusividad”.

### **3.1. Los contratos relativos a los servicios esenciales como contratos de adhesión**

De acuerdo con el artículo 59.3 del TRLGDCU, los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Esta norma dispone el régimen u orden de prelación de fuentes normativas en cuanto a su aplicación.

La principal norma en cuanto a los contratos de tracto sucesivo o continuado en relación con la protección de los consumidores y usuarios es el artículo 62.3, al disponer que: en particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato. El consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

Del mismo modo, los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato.



En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 81 del TRLGDCU, las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios prevista en esta u otras leyes. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma.

Es decir, la protección específica del consumidor viene determinada por la duración del contrato, la extinción del mismo y el control sobre las cláusulas que el Estado impone.

Por tanto, los contratos relativos a los servicios esenciales son “contratos de adhesión normados”, razón por la cual la legislación sobre esta materia impone unos controles previos y un principio de “desequilibrio equitativo” cual es el “*contra stipulatorem*” recogido en el artículo 80.2 TRLGDCU. El artículo 6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, impone que tales dudas se resuelvan en favor del adherente, dando preferencia a las cláusulas particulares sobre las generales, salvo que esta sea más beneficiosa para el adherente, y se remite a las disposiciones del Código civil sobre interpretación de los contratos para lo no previsto en ella.

Incluso se impone una norma “de cierre” que asegura el equilibrio, pues el artículo 83.2 TRLGDCU establece la ineficacia del contrato cuando las cláusulas subsistentes del mismo determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual que no pueda ser subsanada por el juez, lo que debemos conectar con la integración positiva favorable al deudor del artículo 65 del mismo TRLGDCU.

Estas condiciones generales son redactadas de forma previa y unilateral por la entidad predisponente e integran el contenido básico del contrato al que el consumidor se adhiere. Por tanto, como dice la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación son cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato es exclusivamente imputable a una de las partes.

Esta “predisposición unilateral” conlleva de salida una posición de dominio entre empresario y consumidor, razón por la cual se ha de someter a un control muy estrecho a los contratos de adhesión y a las condiciones que los integran. Generalmente, se trata de contratos redactados uniformemente, es decir contratos

La protección  
específica del  
consumidor viene  
determinada  
por la duración  
del contrato, la  
extinción del mismo  
y el control sobre  
las cláusulas que el  
Estado impone

tipo o “standard”, con un margen de negociación mínimo preestablecido por el predisponente, donde la aceptación es imprescindible para obtener el producto o servicio en un sector con una competencia muy restringida. A tal extremo llegó ese desequilibrio que algunos autores le negaron naturaleza contractual a estos negocios jurídicos y los entendieron como actos unilaterales impuestos.

Los abusos a que da lugar esta práctica ha llevado a una intervención administrativa, de control previo e inspección, legal, imponiendo límites y contenidos, y judicial, declarando nulas las condiciones abusivas. Por tanto, tienen naturaleza contractual, pero actúan como “lex privata” entre las partes configurando una suerte de “ordenamiento contractual”, predispuesto por una de ellas y aceptado por la otra. Lógicamente, han de cumplir unos requisitos que se deducen de la ley y que la doctrina sintetiza, de acuerdo con el artículo 80 y siguientes del TRLGDCU, de la siguiente forma:

1. Requisitos de *inclusión*: han de plasmarse en el contrato o referirse a un documento que se facilita, ponerse a disposición del adherente un ejemplar del mismo y han de formularse de forma clara, legible y comprensible. Es importante destacar que no se admite el reenvío a textos o documentos que no se facilitan previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. En este sentido, es doctrina reiterada de la jurisprudencia que las condiciones generales que utilicen las empresas públicas y los concesionarios de servicios públicos – en los contratos “normados” administrativamente – han de someterse a un control previo de licitud por parte de la administración competente, so pena de nulidad por abusiva. Ello es lógico porque viene impuestas por la parte fuerte del contrato, no se negocian y el consumidor debe acatarlas pues el predisponente suele tener de facto el monopolio de un bien de primera necesidad, y el usuario o se allana lisamente o no accede al suministro. Así lo ha reflejado el artículo 81 TRLGDCU como “requisito de validez”.

No obstante, la “homologación” administrativa no debe suponer en todo caso la “licitud” de la cláusula, pues ésta puede ser abusiva pese a cumplir ese requisito de inclusión.

2. Requisitos de *interpretación*: ha de prevalecer, en caso de duda, la condición más beneficiosa para el consumidor; prevalece una cláusula particular frente a la general y la regla “*contra proferentem*” que impide que la cláusula oscura se interprete en favor del predisponente.

3. Requisitos de *contenido*: han de respetar los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones.

4. Requisitos de *exclusión*: supone la exigencia de que se cumplan los requisitos de conocimiento, claridad, firma, etcétera, así como la existencia de

listas o categorías de condiciones que se declaran nulas o que no pueden ser incluidas en ningún caso: incrementos de precios no justificados, inversión de la carga de la prueba o plazos excesivos, serían algunas de ellas.

Estos requisitos de incorporación venían ya consagrados en el artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y a su tenor tales condiciones generales han de ser aceptadas por el adherente con su firma en el contrato, salvo ciertas excepciones en la contratación electrónica o telefónica, y para ello previamente han de serle facilitadas o se dispondrán los medios precisos para que puedan ser conocidas, y han de redactarse de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.

### **3.2. Alcance del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el derecho español y las cláusulas abusivas**

En general, para los contratos relativos a los servicios esenciales, el artículo 87.6 TRLGDCU considera abusivas por falta de reciprocidad: las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

En el ámbito comunitario, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que: los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Por su parte, en nuestro derecho interno, el artículo 83 del TRLGDCU relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato, dice que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Y habilita a los jueces para interpretar e integrar el contrato conforme al

artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo que: a estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato.

La materia ha venido a modificarse sustancialmente a raíz de la Sentencia TJUE de 14 junio 2012, que establece: «El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva.»

En estas circunstancias, el Tribunal español, al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, entre otras, las siguientes cuestiones prejudiciales: a la luz del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y art. 2 de la Directiva 2009/22/CE, ¿cómo debe interpretarse de manera conforme el art. 83 del TRLGDCU a tales efectos? ¿Qué alcance tiene, a estos efectos, el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que las cláusulas abusivas “no vincularán al consumidor”?

### **3.3. La consecuencia de la cláusula abusiva es la no vinculación del consumidor**

Como se ha reiterado, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que: los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

En nuestro derecho interno, el artículo 83 del TRLGDCU relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato, dice que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. Y habilita a los jueces para interpretar e integrar el contrato conforme al artículo

1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, admitiendo que: a estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

A raíz de estas disposiciones se plantea la segunda cuestión prejudicial que la sentencia en cuestión viene a interpretar, y que se resume en: si los efectos contemplados en el artículo 83 del TRLGDCU se amoldan a lo preceptuado en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

En cuanto a los puntos de conexión de ambas normas, podemos decir que una cláusula contractual calificada como abusiva debe de entenderse como no puesta y, por tanto, no vinculará al consumidor o, decirlo de otra manera, no deberá cumplir; solo si la cláusula configura el “núcleo contractual”, será motivo de nulidad absoluta del contrato en toda sus extensión; si bien, se ha de procurar el mantenimiento del vínculo contractual.

Pero la cuestión es determinar si: basta con la consideración de la cláusula como no puesta y, consecuentemente, la no vinculación a la misma por parte del consumidor; o se puede ir más allá, de acuerdo con el artículo 83, habilitando a los jueces para interpretar e integrar el contrato conforme al artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

En principio, en cuanto a los fines de la norma europea, dice el considerando 40 que: “se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencias *Mostaza Claro*, antes citada, apartado 36; *Asturcom Telecomunicaciones*, antes citada, apartado 30; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C- 137/08 (LA LEY 195036/2010), Rec. p. I- 0000, apartado 47, y de 15 de marzo de 2012, *Perenic ová y Perenic*, C- 453/10 (LA LEY 18968/2012), Rec. p. I- 0000, apartado 28) –y el considerando 64– “el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas.”

Podemos decir  
que una cláusula  
contractual  
calificada como  
abusiva debe  
de entenderse  
como no puesta

La esencial diferencia de normas viene determinada porque en nuestro derecho interno se habilita al juez para interpretar e integrar la cláusula y el contrato en general conforme a los postulados del artículo 1258 del Código Civil y la buena fe; lo cual, según dispone la sentencia en cuestión, es contraria del derecho comunitario: “71. Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constata la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor (...) 73. A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (LA LEY 11922/2007), que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva (...) Fallo: 2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LA LEY 11922/2007) y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando *éste declara* la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.

La cuestión no es baladí, pues viene a modificar en profundidad las bases de nuestro derecho de contratos y necesariamente habrá de ser objeto de un sustancial estudio, más allá de este trabajo.

De acuerdo con la doctrina, hasta ahora, asentada, artículo 1258 C.c. otorga a la naturaleza del contrato un papel fundamental en cuanto medio de integración, positiva y negativa, del mismo pues afirma que éste, una vez perfecto, obliga a las partes, no sólo a lo expresamente pactado, sino también «...a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley». Esa buena fe está referida, principalmente, al modo de obrar en la ejecución y cumplimiento de los contratos y proscrib el abuso del derecho y su ejercicio antisocial. En su sentido objetivo consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin presupuesto, por lo que deben

estimarse comprendidos en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento para satisfacer los intereses de las partes (Cfr. STS 9/12/1963). En cuanto a sus efectos, la cláusula abusiva – incumple un requisito – tiende a ser declarada sin efecto por la ley, optando por la nulidad parcial y manteniendo el contrato, en aras del principio de conservación del negocio jurídico, salvo que del resto del contrato se deduzca una situación no equitativa de las posiciones de las partes, en cuyo caso se declara ineficaz todo el contrato, según disponen el artículo 83 TRDCU y 8.1 de la LCG. En caso de nulidad de una cláusula abusiva, acudiremos al criterio «integrador» que resulte aplicable por la vía del artículo 1258 C.c., pero si interpretamos este «a sensu contrario», la buena fe, los usos normativos de carácter necesario y la ley imperativa, de acuerdo con la naturaleza del contrato, deben servirnos para considerar inadmisibles una cláusula contractual que les sea contraria.

De esta forma, el artículo 6.1 debe ser interpretado, conforme a la sentencia que se comenta, en sus justos términos, con amplias facultades para la aplicación del “test de abusividad” pero con límites sustanciales, ya que, en cuanto que dicho “test”, tendrá, en exclusiva, la consecuencia de no vinculación al consumidor, sin más; no pudiéndose integrar el negocio conforme a los postulados tradicionales de nuestro derecho de contratos amparados en el artículo 1258 del Código Civil.

## 4. Los contratos más habituales

### 4.1. El contrato de acceso a internet y telefonía

El contrato de acceso a internet y telefonía se regula fundamentalmente en la Ley 32/2003, de 03 de noviembre, General de Telecomunicaciones. De esta forma, el artículo 38 establece los derechos de los consumidores finales, aunque su especificación los deja para el desarrollo reglamentario. De la dicción de la norma podemos extraer lo siguiente:

a) Se realiza una apuesta por el sometimiento de las controversias a las juntas arbitrales de consumo pero sin imponerlo, sino que dice “podrán”; en cualquier caso, dispone que se establecerá un procedimiento de naturaleza administrativa conforme al cual, los usuarios finales que sean personas físicas podrán someterle dichas controversias, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. En cualquier caso, el procedimiento que se adopte deberá ser transparente, no discriminatorio, sencillo, rápido y gratuito y establecerá el plazo máximo en el



que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

- b) Se establece la responsabilidad por los daños que se les produzcan.
- c) Los derechos de información de los usuarios finales, que deberá ser veraz, eficaz, suficiente, transparente, comparable y actualizada.
- d) Los plazos para la modificación de las ofertas; los derechos de desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario.
- e) El derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio.
- f) El derecho a celebrar contratos por parte de los usuarios finales con los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.
- g) Los supuestos en que serán exigibles y el contenido mínimo de los contratos celebrados entre consumidores que sean personas físicas u otros usuarios finales y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que no sean los que facilitan conexión o acceso a la red telefónica pública.
- h) El derecho a rescindir sin penalización sus contratos cuando las empresas proveedoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas les notifiquen propuestas de modificación de las condiciones contractuales.
- i) El derecho al cambio de operador, con conservación de los números del plan nacional de numeración telefónica en los supuestos en que así se contemple en el plazo máximo de un día laborable.

En cuanto a los contratos, el artículo 38 bis de la Ley General de Telecomunicaciones se ha de garantizar la información siguiente al consumidor:

- a) Los servicios que se prestan.
- b) La decisión del abonado acerca de la posibilidad de incluir o no sus datos personales en una guía determinada y los datos de que se trate.
- c) La duración del contrato y las condiciones para su renovación y para la terminación de los servicios y la resolución del contrato.
- d) El modo de iniciar los procedimientos de resolución de litigios.

Por su parte, los contratos relativos al acceso a internet y telefonía se encuentran sometidos al Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Pues son contratos de adhesión destinados a una pluralidad de personas. De esta forma, los consumidores y usuarios se adhieren a lo estipulado por las empresas sometiéndose a las condiciones impuestas por las mismas.



El presente Real Decreto se justifica por la necesidad de desarrollar el artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su apartado 3 que dice textualmente: “en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.”

Entre los derechos de los consumidores, en esta clase de contratación, se encuentran los deberes de información previa a la formalización del contrato y la necesaria confirmación documental de la contratación efectuada; además del derecho de resolución por plazo de 7 días.

#### **4.2. El contrato de suministro de energía eléctrica**

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, configura la comercialización de energía eléctrica como una realidad cierta, materializada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador por parte de los consumidores.

La regulación de los contratos de suministro de energía eléctrica se encuentra en el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión; cuyo objeto es establecer las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y acceso a redes en baja tensión, de los procedimientos de gestión y administración de dichos contratos, procedimientos de cambio de suministrador y la forma de liquidar la energía a partir de la aplicación de perfiles de consumo. Y cuyo ámbito subjetivo de aplicación es para los consumidores en baja tensión que adquieren su energía a tarifa de suministro o a través de un comercializador, a los distribuidores y a los comercializadores de energía eléctrica como participantes en los procesos necesarios para el suministro de electricidad a dichos consumidores.

En dicha norma, no existen obligaciones de información específicas de los empresarios.

Por su parte, el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, determina lo que son consumidores de energía eléctrica, determina lo que son los consumidores, denominándolos “consumidores directo en mercado”, siendo:

“aquellos consumidores de energía eléctrica que adquieran energía eléctrica directamente en el mercado de producción para su propio consumo”.

El artículo 79, del citado Real Decreto, regula las condiciones generales de dichos contratos. De forma resumida, podemos describir las principales cláusulas que el consumidor deberá adherirse:

a) En general, puede definirse el contrato de suministro de energía eléctrica como la entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución mediante contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles.

b) Generalmente se trata de contratos de suministro a tarifa, previamente establecida normativamente, aunque también puede contratarse libremente la energía y el correspondiente contrato de acceso a las redes.

c) El contrato de suministro es personal, y su titular deberá ser el efectivo usuario de la energía, que no podrá utilizarla en lugar distinto para el que fue contratada, ni cederla, ni venderla a terceros.

d) La contratación del suministro a tarifa y del acceso a las redes se formalizará con los distribuidores mediante la suscripción de un contrato. El Ministerio de Economía elaborará contratos tipo de suministro y de acceso a las redes.

e) Generalmente, la duración de los contratos de suministro a tarifa y de acceso a las redes será anual y se prorrogará tácitamente por plazos iguales. No obstante lo anterior, el consumidor podrá resolverlo antes de dicho plazo, siempre que lo comunique fehacientemente a la empresa distribuidora con una anticipación mínima de cinco días hábiles a la fecha en que desee la baja del suministro, todo ello sin perjuicio de las condiciones económicas que resulten en aplicación de la normativa tarifaria vigente.

f) El consumidor tendrá derecho a elegir la tarifa que estime conveniente, entre las oficialmente aprobadas.

g) Las empresas distribuidoras estarán obligadas a atender las peticiones de modificación de tarifa, modalidad de aplicación de la misma y potencia contratada. Al consumidor que haya cambiado voluntariamente de tarifa, potencia contratada o sus modos de aplicación o de otros complementos podrá negársele pasar a otra mientras no hayan transcurrido, como mínimo, doce meses, excepto si se produce algún cambio en la estructura de tarifaria que le afecte.

h) La empresa distribuidora podrá exigir, en el momento de la contratación del acceso a las redes, la entrega de un depósito de garantía bien directamente a los consumidores o a los comercializadores en el caso de que éstos contraten el acceso en nombre del consumidor.

i) La empresa distribuidora no podrá exigir el pago de ninguna cantidad anticipada.

j) Las empresas distribuidoras podrán negarse a suscribir contratos de tarifa de suministro o tarifa de acceso a las redes con aquellos consumidores que hayan sido declarados deudores por sentencia judicial firme de cualquier empresa distribuidora.

k) Todo consumidor tiene el derecho a recibir el suministro en las condiciones mínimas de Calidad que se establecen en el presente Real Decreto.

### **4.3. El contrato de suministro de gas**

Por su parte, en cuanto a los contratos de suministro de gas, el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural; el cual dispone en su artículo 20, que: 1. Tendrán la consideración de consumidores de gas natural aquellos sujetos que adquieran gas natural para su propio consumo. 2. Los consumidores podrán adquirir gas: a) a los comercializadores en condiciones libremente pactadas. b) directamente, sin recurrir a un comercializador autorizado, accediendo a instalaciones de terceros, en cuyo caso tendrán la consideración de consumidores directos en mercado.

El artículo 22, determina los derechos y obligaciones de los consumidores, son:

a) Realizar adquisiciones de gas en los términos establecidos en el capítulo II del Título IV de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

b) Elección de suministrador para la compra del gas natural.

c) El consumidor podrá elegir, entre las tarifas oficialmente aprobadas, la que estime más conveniente, teniendo en cuenta la presión máxima de diseño de las redes a la que esté conectado y el consumo anual.

d) Solicitar la verificación del buen funcionamiento de los equipos de medida de los suministros.

e) Disponer de un servicio de asistencia telefónica facilitado por su suministrador, en funcionamiento las veinticuatro horas del día, al que puedan dirigirse ante posibles incidencias en sus instalaciones.

f) Acceder a las instalaciones propiedad de terceros, de regasificación, almacenamiento, transporte y distribución, en los términos previstos en la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, y normativa que la desarrolle.